Capellania

386

5º



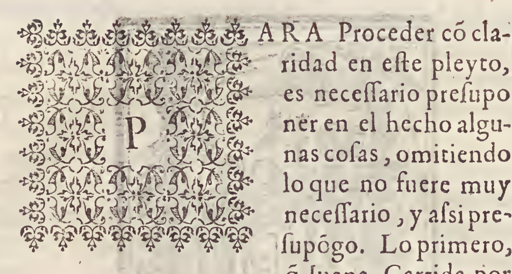
POR

MARCOS DE SOria, vezino y natural de la villa de Maçaruleque.

CONTRA

Miguel Lopez, vezino de la villa de Albalate.

En Granada, por Bartolome de Lorençana, a la esquina de la calle del Pan, junto a la Real Chãcilleria. Año de 1627.



PARA Proceder cõ claridad en este pleyto, es necessario presupo ner en el hecho algunas cosas, omitiendo lo que no fuere muy necessario, y assi presupõgo. Lo primero, q̃ Iuana Garrida por el año passado de 1583. en su testamento fundò vna Capellania y patronato de legos, y nõbró por primero patrono a Pedro Garrido su hermano, y por su muerte nombra otras personas: y prosiguiendo la disposicion, llegando a nombrar Capellan para la dicha Capellania, dize.

Primera Clausula.

ITen, digo, y es mi voluntad, que suceda, y venga esta Capellania en Bartolome Garrido, hijo de Pedro Garrido mi hermano, siendo Clerigo, y si el no lo fuere, en Marcos Garrido, hijo del dicho Pedro Garrido mi hermano, siendo como dicho es Clerigo, y si los susodichos no lo fueren, venga en los hijos de Miguel Lopez, e de mi hermana Ysabel Garrida, vezinos de la villa de Albalate, siendo Clerigos, precediendo el mayor al menor, la qual dicha Capellania han de tener, conque han de residir en esta dicha villa de Maçaruleque, y dezir en la Iglesia de señor san Martin della las dichas cinco Missas cada vna semana, segun va declarado: e si el Capellan que a la dicha Capellania viniere dexare vn mes, y no residiere en esta villa, el dicho mes que dexare de dezir las dichas Missas, por el mismo caso pierda la dicha Capellania, si no fuere por estar enfermo, o por sucederle algun pleyto forçoso, y que la dicha Capellania venga y suceda en los susodichos, en esta manera:

nera: que siendo Clerigo el dicho Bartolome Garrido, hijo del dicho Pedro Garrido su hermano, la tenga y goze mientras viuiere, que ella lo nombra por primero Capellan, y despues de los dias del dicho Bartolome Garrido, siendo Clerigo el dicho Marcos Garrido, venga en el la dicha Capellania, y despues de los dias de los susodichos, venga en los hijos del dicho Miguel Lopez, en el que fuere Clerigo, prefiriendo el mayor al menor: y despues de los dias de los susodichos venga esta Capellania al pariente mas cercano que huuiere de mi linage, siendo Clerigo, &c.

Segunda Clausula.

ITen, quiero, y es mi voluntad, que el Capellan que residiere en esta Capellania, ha de dezir las dichas Missas por su misma persona, sin poderlas encomendar a otrie, y si lo contrario hiziere, pierda la dicha Capellania, y venga al siguiente en grado.

Tercera Clausula.

ITen, ordeno, que el Capellan que de derecho le perteneciere la dicha Capellania, en auiendo veynte y cinco años, dentro de vno se ordene, y cante Missa, y si dentro del dicho año no la cantare, pierda el derecho que tiene a la dicha Capellania.

Otras clausulas tiene el dicho testamento, q̃ no las refiero aqui, por auerlas de poner a la letra en el cuerpo desta informacion.

Lo segundo, que la dicha Iuana Garrida año de 92. otorgò vna escritura, por la qual dize, que por quanto en su testamento dexa ordenado, q̃ no se tome la possession de los bienes de la Capellania hasta despues de muerta: aora manda

que

que Bartolome Garrido la tome desde luego, y se desiste de los dichos bienes, y se los dá y entrega, para que los possea como a tal Capellan.

En esta Capellania fue primero Capellan el dicho Bartolome Garrido, y por tener la dicha disposicion la clausula tercera, que manda se ordene desde 25. a 26. años, y residencia, el susodicho por no residir, y no ordenarse, fue priuado por sentencia de Eclesiastico, auiẽdo primero gozado, y desfrutado los dichos bienes como tal Capellan; como consta de las prouãças en esta instancia fechas. A este sucedio Sebastian Garrido vltimo posseedor, por cuya vacante se litiga, por auersela vacado el Eclesiastico por el mismo efeto de no residir.

La cõtrouersia deste pleyto es, que el dicho Marcos de Soria pretende, que el es legitimo Capellan, valiendose del nombramiento que tiene del patron, y por nieto de Pedro Garrido primero llamado. Miguel Lopez por hallarse en ygual grado de parentesco, mayor en edad, y sobrino del vltimo posseedor, pretende que ha de ser preferido. En esta oposicion los Alcaldes ordinarios, y Cura de la dicha villa de Maçaruleque (a quien la dicha Iuana Garrida dio facultad de arbitrar qual auia de ser Capellan, como despues se dira:) hechas prouanças por las partes en razon del parentesco (en que vamos conformes) declararon por Capellan al dicho Marcos de Soria. Desta sentencia y parecer se apelò por el dicho Miguel Lopez para el Cabildo de la dicha villa, adonde se confirmò el dicho arbitramento, y se le dio la possessión de los bienes al dicho Marcos de Soria, sin embargo de la apelaciõ que se interpuso por el dicho Miguel Lopez.

El

El ſuſodicho ſe preſentò en eſta Corte, dixo agrauios de los dichos pareceres, y auiẽdo ſido emplaçado el dicho Marcos de Soria, o puſò de la dicha coſa juzgada, pretendiendo, q̃ no auia de reſponder, y por autos de viſta y reuiſta ſe mandò que reſpondieſſe ſin perjuyzio de la coſa juzgada, y aunque ſe pidio atentado por el dicho Miguel Lopez, ſe le denegò por auto de reuiſta, y auiendoſe reſpõdido en lo principal por Marcos de Soria con prouanças, eſtà concluſo y viſto.

Quibus ſic in facto ſuppoſitis, eſte pleyto cõſiſte en tres puntos. El primero, fundar, que Miguel Lopez vezino de Albalate no puede ſer oydo en eſta Chancilleria en el grado de apelacion que interpuſo del arbitramento, o ſentencia de los Alcaldes de Maçaruleque.

El ſegundo, que quãdo pudiera ſer oydo, tiene mejor derecho el dicho Marcos de Soria q̃ el dicho Miguel Lopez, en razon de llamamiento.

El tercero, que el dicho Miguel Lopez no es capaz del derecho a la dicha Capellania, y que el eſtar habilitado por la diſpenſacion, no puede cauſar perjuyzio a quien tuuo derecho adquirido.

Primero punto.

LA clauſula en que ſe funda el primero punto es del tenor ſiguiente. *Iten quiero y es mi voluntad, què en qualquiera tiempo q̃ ſuceda algun pleyto, o pleytos ſobre la ſuceſſiõ de la dicha Capellania, aſsi a cerca de quien ha de ſer patrono, como Capellan que ſean Iuezes en eſta cauſa, y determinen los dichos pleytos los Alcaldes ordinarios*

que al presente fuessen en esta villa juntamente con el Cura della, y assi todos juntos oygan a las partes, y den la justicia a quien la tuuiera, y sea lo que la mayor parte dellos determinare, a los quales encargo la conciencia, y de la sentencia de los susodichos, no puedan apelar, si no fuere para el Ayuntamiento desta villa, y con lo que alli se determinare, con aquello se entienda ser sentencia passada en cosa juzgada, y que no aya mas apelacion, ni suplicacion para otra parte ninguna: y qualquiera de las partes que no consintieren la santẽcia del dicho Ayũtamiento, y quisiere apelar para alguna otra parte, por el mismo caso le excluyo de la accion y derecho que a la dicha Capellania tiene, y lo pierda, y no sea mas llamado a ella.

Todas las acciones humanas se gouiernã en dos polos, que son poder y querer, cum omnis actus ex voluntate & potestate perficiatur, Molin. de Hispanor. primogen. cap. 24. num. 24. lib. 1. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 14. num. 3. Y en tanto obra la voluntad, en quanto se extiende la potestad al acto que se quiere.

Cierto es, que la fundadora pudo libremente disponer de sus bienes; quia vnusquisque in suis bonis liber moderator est, l. in re mandata, ff. mandati, y grauarlos con qualesquiera condiciones, porque la disposicion la hizo en fauor de transuersales; & sic eodem modo, que les dexó el emolumento por el llamamiento, les pudo poner el grauamen que quisiesse. l. ab eo, 9. C. de fideicommis. ibi: *Ab eo qui neque legatum, nec fideicommissum, nec hæreditatem, vel mortis causa, donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest*, & ibi Bald. & Salicet. l. 3. titu. 9. part. 6. vbi Gregor. Lop. principalmente auiendo fundado dellos Capellania, l. traditionibus, ff. de pact. c. præterea el 2. de iure patro. c. quanto, de censibus, l. 9. tit. 6. lib. 1. recop. quos refert & sequitur

Gu-

Gutierr.conſ.1.num.1. Y no tuuo obligacion a guardar cierta forma,y aſsi el grauamen de que no ſe pudieſſe apelar de lo que determinaſſe el Ayuntamiento,auiendo voluntad clara,es preciſo que ſe obſerue y guarde. Mantic. de coniectu.vltim.vol.lib.3.tit.3.per totum,ex pluriũ allegat.pues el poder ſe extendio a lo que la volũtad diſpuſo.

Lo que ſe pretende contra ella,es dezir, que los terminos conque la dicha Iuana Garrida diſpuſo denotan acto de juriſdicion,a que no ſe extendio ſu poder,l.priuatorũ,C.de iuriſdict. omni.iud.gloſ.in verbo,perſonas,in l.1.C.eod.titu. y acto de prohibir la apelacion , que por todo derecho es reprouado: quia eſt defenſio,c.cum ſpeciali,§.porró,de appellat.cap. omnis oppreſſus,2.q.6.c.ſugeſtum, de appell. & ex eo quod defenſio eſt,de iure naturali toli non poteſt, §. ſed naturalia,cum vulg.inſt.de iur.natur.

Eſto tiene facilíſsima ſalida,porque ſiempre los actos principalmente de teſtamento , en q̃ conſiſte la vltima voluntad del que diſpone , ſe han de entender hechos de manera que no ſe anule,ni vicie el acto que ſe haze : quia teſtator videtur ſe velle conformare iuri communi,l.hæredes mei,§.cum ita,ff.ad Trebel.vbi Bartol. & Paul.& iſta voluntas facit formam, & conditionem Bald.in c.cum in veteri , in princ. de elect. Tiraq.in l.ſi vnquam,verbo,libertis,n.52.C. de reb.donat. en tanto,que ſi es neceſſario impropiar las palabras,ſe ha de hazer, y no atender a ellas,l.quoniam indignum,C.de teſtam.l. ex facto,§.rerũ,ff.de hæred.inſt.l.3.C.de liber. præt. vbi comm. Doctor. y reduzir ſu ſignificado a la medida del poder del quediſpone,ſe deue hazer,ne actus corruat,vel maneat ſine effectu voluntas: quia ſemper debet conſiderari teſtato-

rem

rem dispoſuiſſe eo modo, quo potuit Socin. Iun. conſ. 31. n. 68. & 69. volum. 1. Gutierr. eum referens, conſ. 18. num. 8.

Deſto ſe ſigue, que la diſpoſicion de la fundadora, midiendola con lo que pudo diſponer, haze que ſe ayan de entender los terminos y palabras, porque diſpuſo eo modo, quo diſponere potuit, que es el auer dexado a los Alcaldes y Cura vna facultad de eligir como arbitros, arbitrium enim adinſtar iudiciorum iudicatur, l. 23. tit. 4. parti. 3. ibi: *Arbitros en Latin, tanto quiere dezir en Romance como Iuezes*, toto tit. ff. & C. de arbitr. y el apelacion al Ayuntamiento vn nombramiento de terceros en la miſma forma de arbitrio, para que lo que eſtos juzgaſſen ſer cõforme a ſu diſpoſicion, eſſo valieſſe. Y eſta facultad entendida en la forma que pudo diſponer por las palabras de la diſpoſicion, trae implicita la prohibicion de apelar, quando la fundadora no tuuiera pueſto expreſſamente, porque mandando que juzgaſſen ſegun ſus conciencias, fue viſto cometerles de tal manera la eleccion, que lo que ellos determinaron ſe ha de executar, como ſi lo diſpuſiera la teſtadora por claras palabras, ſin que dello ſe pueda apelar, ni admita cõtradicion, ita Bald. in cap. ſi Sacerdos, n. 4. de offic. iud. ord. ibi: *Quæro Papa cõmittit cauſam per hæc verba concientiæ talis, nunquid poterit à ſententia appellari? dic quod non, &c.* idem reſoluit Iaſ. in §. ſed iſtæ, inſtit. de action. nu. 137. ibi: *Nota quod quando committitur concientiæ alicuius ab eius ſententia nõ appellatur.* Y la razon es, porque la dicha comiſſion y arbitrio es tan perſonaliſsimo, que nõ poteſt dari recurſus contra ipſam ſententiam, ſeu arbitramentum, ipſe Iaſ. in l. á iudice, C. de iudicijs, num. 11. ibi; *Secundo facit, quod vult gloſ. in c. ſtatum, §. aceſſorem, de reſcript. in 6. quod quando ali-*

quid

quid committitur conscientiæ alicuius adeo censetur personale, quod etiam ab eius sententia appellari non posit, & ibi nota & sequuntur, Immol. Gemin. & illam glos. ad hoc reputat singularem Paul. de Castr. Et hoc in tantum procedit, que aunque se apele de la tal sentencia, o arbitramento, no obra efeto alguno la apelacion, ni ningun Iuez puede conocer en el dicho grado, porque será contra derecho, inquit glos. in Clement. 1. de iure patro, verbo, oneramus, ibi: *Videtur quod per patronos, vel presbyteros, non posset Episcopo quandoque referri, & quod si appellarent patroni dicentes, quod excessit, vel presbyteri, dicens: quod portio non sufficit Episcopus non deferret. Fateor tamen, quod superior ad quem appellatũ est emendaret, quod malefactum esset*: la qual glos. se ajusta al caso deste pleyto, pues decidiendo la dicha Clementina por estas palabras: *Præcipimus Diœcesianis eisdem sub ipsius obstentatione diuini iudicij, ipsorumque conscientiam oneramus, quod moderationem patroni ipsius debitæ faciant, nec odio, vel fauore, vel alias impleri, vel minor, circa illam scienter excedant*; se dificultò, si en caso que se apelasse por los Patronos, obraria algo, y determina que no: porque en este caso, la voluntad haze ley, authent. de nupt. §. disponat, collat. 4. l. 1. C. de sacros. Eccles. & ibi DD. y de otra manera quedara su disposicion sugeta, a que cõ qualquier ocasion se apartaran los llamados de su voluntad: y por lo menos no se puede dudar, que el elegido por los dichos Alcaldes y Cura y Ayuntamiento, tiene clara voluntad de la testadora, y resistẽte qualquiera que aya de conseguir la Capellania, por determinacion de juyzio que la testadora no eligio, aunque alias pueda parecer mejor el derecho del que obtuuiere por pleyto en grado de apelacion: porque supuesto que en este caso la testadora quita el llamamiento, claro es,

que presupone justicia para obtener, y sin embargo quiere que no suceda el que apelare.

Esta question tocò en terminos Pereg. de fideicom.art.11.n.111.y auiẽdo puesto la misma dificultad, de que las personas particulares no pueden conceder jurisdicion, resuelue la question en el n.112.his verbis: *Arbitror tamen testatorem iure ordinare posse inter suos cohæredes, vt iurgia inter eos occurrentia in diuisione, vel aliter ex causa suæ hæreditatis, non trahant ad iusticia ordinaria: sed amicabiliter remota appellatione decidenda committant aliqui probo viro, vni, aut pluribus; nam sicut ex lege, id committi potest inter aliquas personas, ita etiam ex testatoris dispositione, quæ quidem lex priuata est in rebus suis, d.§.disponat., & sicut ex pactione contrahentium, id fieri potest, quia legem rebus suis dicere potuit, l.legem, C.de pactis, sic ex testatoris ordinatione, per regulam, in d.l.quæ delegato. Idem quia hæredes adeundo hæreditatim, per quasi contractum obligantur adimplere disposita in testamento, ad l.ex maleficijs, §.hæres, ff. de action.& oblig. in specie sic ordinatum legi in testamento olim magni dom. Simeon. Popaita, vt illustres eius filij hæredes instituti, omnes difficultates ex testamento suo subuenientis cõmittere, tenerentur Sacro Collegio Iuristarũ Paduæ,* In appellabiliter decidẽdas: *& sic etiam iudicium inceptum fuit.* Que son palabras decisiuas deste caso, ad quæ conducunt tradita per Ioan. Bap. Perus. lib.2.de arb.c.18.n.1.in fi.tom.3.tractat. & per Aluara.de coniect.mẽt. defunct.lib.1.c.1.a n.2.porque donde ay voluntad clara de quien pudo disponer, non est admittenda alia voluntatis, quæstio nec de coniecturis agendum, eleganter considerat Pereg. d.art. 11.n.1.2.& 3.ibi: *Et ratio est, quia hæ sunt particulares hominum leges, d.l.verbis legis, d.§.disponat, & l.legẽ, C.de pact.& l.legem, C.de pact.conu.ideoque cum verba sunt clara tex. habemus, nec indigemus glossa ad explicandam*

plicandam disponentis intentionem, vti Bald. inquit, consi. 333. examinanda sunt, col. 2. in princ. & eo casu silent aduocatorum cauilationes, vt idem Bald. consi. 174. in fin. vol. 2. Et cum verba sunt clara & aperta standum est dispositioni impo.tatæ per verba, nec potest dici, aliam fuisse testatoris intentionem.

Las oposiciones que contra esto haze el Abogado del dicho Miguel Lopez, no son adaptables al caso: porque nosotros confessamos, que no pudo conceder jurisdicion quien no la tenia: pero pudo dar facultad para declarar quiẽ auia de suceder: y este arbitrio en cierta forma es jurisdicion, porque gouierna y determina el caso que pudo conceder la testadora: y assi vemos, q̃ en los arbitrios las partes dizen, que otorgan jurisdicion, y nihilominus la palabra, jurisdicion se mide a los terminos de la potestad del que la concede.

Segundo punto.

QVando el dicho Marcos de Soria no tuuiera tan claro derecho por la dicha elecion, y se huuiera de competir el que tiene a la dicha Capellania, con el que tiene el dicho Miguel Lopez, tienen por llana la prelacion del dicho Marcos de Soria.

Sin duda es, que al tiempo de la vacante de la Capellania, el dicho Miguel Lopez no se halló capaz de ser Sacerdote, por ser priuado del ojo izquierdo del Canon, y que el dicho Marcos de Soria se halló capaz de ser Sacerdote, y ordenado de primeras Ordenes: y assi, en el tiempo de la vacante, no pudo verificarse llamamiento alguno, en quien no era capaz de ser Clerigo, supuesto que el llamamiento es, presuponiendo

que

que la persona llamada pueda ser Sacerdote, y ya el derecho le tuuo precisamēte el dicho Marcos de Soria, como se dirà en el tercero articulo, y por esta causa le falta precisamente llamamiēto al dicho Miguel Lopez.

Immò, quando fuera capaz, no tiene llamamiento en que se pueda comprehender, por voluntad clara, ni congeturada, supuesto que el susodicho no es hijo de Miguel Lopez, sino nieto: y que aūque es asi, que en falta de ser Clerigos los hijos de Pedro Garrido, que nombrò la testadora, llamô a los hijos de Miguel Lopez, en este llamamiento no se comprehenden los nietos: porque aunque en algunos casos la palabra *hijos* comprehenda tambien nietos, hoc nō fit ex proprietate sermonis, sed solum per interpretationem ex mente & iuris deductam, vt post Barto. in l. liberorum, ff. de verb. sig. explicat Alex. cōs. 17. n. 4. & cons. 125. n. 11. lib. 5. Socin. seni. cōs. 152 n. 5. lib. 1. Deci. cons. 95. n. 6. & cons. 392. n. 1. & 7. vers. Prima est, & ante n. 10. vers. Non obstat, de proprietate sermonis, Mand. cons. 29. nu. 11. Menoch. cons. 215. n. 12. Surd. cons. 403. nu. 18. lib. 3. & plures relati à Casanat. cons. 58. nu. 31. porque lo regular es, quod sub nomine filiorum nepotes, non continentur aliter enim filios aliter nepotes appellamus, l. quod si nepotes, ff. de testa. tutel. l. 1. §. 1. gradu, ff. de grad. affinit. Deci. cons. 291. n. 8. Ruin. cons. 35. n. 4. vol. 1. Bertrand. cons. 166. nu. 3. lib. 1. Ioseph. de rust. in tract. de filij, in cond. posit. in præfat. n. 76. Surd. de alimen. tit. 9 q. 36. plures quos congerit Casanat. cons. 33. n. 2. & d. cons. 58. n. 1. & 2. Pereg. de fideicom. art. 22. n. 61.

Y aun en materia de mayorazgos, para que se comprehendan en apelacion de hijos los nietos, ha de ser necessaria la comprehension, para conseruar

conseruar la perpetuidad, y assi declaran la doctrina de Molina, lib. 1. c. 6. nu. 28. & Mieres, 1. p. q. 15. n. 8. Surd. cons. 403. n. 21. & post eum Casanate, d. cons. 58. n. 16.

Y siendo assi, que en este caso no es necessaria la comprehension de la palabra, hijos, para la perpetuydad de la Capellania, supuesto que en el llamamiento del pariente maspropinquo se pueden comprehender los nietos, resiste al dicho Miguel Lopez la regla, quod appellatione filiorum, nepotes non comprehendantur, para que se pueda valer del llamamiento, porque en duda se ha de estar a la propiedad del significado de la palabra, y no al interptetatiuo, que por extension comprehende Greg. Lop. in l. 5. glos. verbo, *non se deue*, tit. 33. parti. 7. Decian. qui plura congerit, cons. 47. nume. 7. volum. 3. quod in tantum procedit, que aun en materias fauorables la palabra, *hijo*, no comprehende al nieto, l. sed & miles 10. de excusat. tutor. donde la disposicion que habla del hijo, o hija, dandole preuilegio, o prerrogatiua, no comprehende los nietos, porque se ha de estar al propio y verdadero significado, quande no consta por congecturas, o mente tacita de contraria voluntad.

Quod etiam comprobatur, porque esta cõprehension de nieto en la palabra, *hijo*, no se admite todas las vezes que desta extension se seguiria perjuyzio a tercero de mejor linea, o mas amado del testador, vt notat Bald. in d. l. sed & miles, n. 3. ibi: *Item nota quanda agitur de præiudicio iuris tertij appellatio filiorum, non comprehendit nepotes*, quod comprobat ex alijs Casanat. dict. cons. 58. nu. 44.

Et vlterius, esta consideracion se fortifica, cõ que el llamamiento fue de los hijos de Miguel Lopez, y estas palabras, *Miguel Lopez*, operãtur

restrictionem, vt soluni contineantur filij primi gradus, eleganter tradunt Socin. sen. in l. Gallus, §. instituens, num. 5. & ibi Ias. num. 23. ff. de libe. & posthum. Menoch. cons. 215. nume. 51. & 54. & 515. n. 21. Rimin. Iun. cons. 786. n. 4. lib. 7. Peregr. art. 22. n. 57. vers. Si testator.

Principalmente auiendo entre los hijos de Miguel Lopez puesto aquellas palabras, que se prefiriesse el mayor al menor, que obran restriccion a los hijos del primero grado, eleganter Socin. Iun. cons. 108. n. 18. vers. Et similiter, & n. 27. lib. 2. ibi: *Nam si de nepotibus, & alijs descendẽtibus velimus intelligere, in eis non caderet consideratio primogeniti, & secundogeniti, &c.* Alciat. cons. 98. verbo, donationis verba, quod in noua impressione, & cons. 2. n. 12. lib. 8. Menoch. cons. 308. nu. 5. ibi: *Testator exponendo quo modo intelligerit liberos subiungit, scilicet maiorem natu ipsorum, & postea secundo natu, quæ quidem verba significant filios primi gradus, nam ordo genituræ consideratur interplures fratres, non autem inter filium nepotem, & pronepotem, & alios dinceps.* Riminal. Iun. cons. 371. num. 144. & 147. Rubeus, cons. 149. nume. 8. & 9. Decian. cons. 4. num. 12. vers. Ex quibus apparet, lib. 2. & hoc videtur sentire Molin. lib. 1. c. 5. n. 22.

Quod fortius vrget, porque tambien es regular, quod quamuis in appellatione filij prolata á lege, se comprehendan nietos: non verò vbi vocantur à testatore, Belon. cons. 50. nu. 5. vbi magis communem dicit Menoch. d. cons. 215. nu. 95. Nata, cons. 28. num. 4. ad fin. vol. 1. Alban. cõsil. 29. nu. 12. Tobias Non. cons. 33. n. 22. Decian. respons. 47. n. 14. vol. 3.

Y con mayor razon quando el llamamiento es hecho por vna muger que verisimilmente se puede creer que no supo que el nombre del hijo tuuiesse virtud de comprehender el nieto; q̃

en

en este caso, aunque concurran congecturas para la comprehension, no se comprehende, vt cōsiderat in terminis Casanat. d. cons. 58. num. 20. ibi: *Quinto fortius hæc procedunt, vbi sumus in testamēto idiotæ maximè mulieris, in quo casu etiam concurrentibus coniecturis clarum, & indubitatum est nepotes nomine filiorum, non venire cum idiotam iliteratum, & indoctum, & in ea differentia venire, & cadere nequeat, vt rectè tradunt Sacius, cons. 7. numer. 1. lib. 1. Gerard. Masol. cons. 84. nu. 28. Montepico, cons. 74. num. 5. &c.*

Por manera, que resistiendole al dicho Miguel Lopez todas estas consideraciones, tiene obligacion a mostrar que está comprehendido en el llamamiento por voluntad tacita, y congecturas, y estas no solo no las tienen; pero todos los que se pueden considerar le resisten y prueuan, que el llamamiento de los hijos de Miguel Lopez fue personal a los hijos de primero grado.

Primó, porque la sugeta materia que es de nombramiento de Capellã, tiene personalidad y no denota succesion, porque vnusquisque succedit ex propria persona, non respectu vltimi possessoris, sed fundatoris D. Lara, de anniuers. lib. 2. c. 2. n. 7. & 8.

Secundó, porque ordinariamēte suele ser regla de la calidad de los segundos llamamientos la forma de los primeros, l. hæredes mei, §. á te peto, ff. ad Trebel. authent. hoc amplius, C. de fideicommis. ibi: *Prout quisque eorum primo nominatus est*. Mantic. de coniect. tit. 13. lib. 6. nu. 11. Y en los primeros llamamientos de Capellanes la testadora los hizo personales en los hijos de Pedro Garrido, y de la misma manera se ha de entender que quiso que fuessen en los hijos de Miguel Lopez.

Ter-

Tertiò, porque mayor razon de amor denota el primero llamamiento, l. quoties, in princ. ff. de vsufruct. l. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebel. Abb. conſ. 65. col. 2. verſ. Venio ad ſecundũ, lib. 2. Socin. cõſ. 49. col. 2. & ſic magis dilectus afertſe cum prælationem, Azebed. conſ. 5. n. 45. Gutierr. conſ. 18. n. 42. & 43. y no es veriſimil, que ſi en el no llamò otros deſcendiẽtes de Pedro Garrido mas amado, a quien nombrò por patrono, y cuyos hijos llamó en primero lugar, q̃ querria llamar a los menos amados con mayor extenſion y prerrogatiua.

Quartò, & hoc euidenter cõcludit, porque ſi el llamamiẽto de hijos ſe ha de verificar en el q̃ fuere Clerigo, y el que no lo fuere no eſtà llamado, preciſa coſa es, que en la palabra, *hijo*, no cõprehendio nieto: porque auiendo de ſer Clerigo, no era capaz de tener hijos, alomenos en la mente de la teſtadora, en quien no ſe preſume conſideracion de ſemejantes hijos. Y aſsi es indubitable, que el dicho llamamiento fue perſonal a los hijos de primero grado, q̃ fueſſen Clerigos, y que en conſideracion deſto hizo el llamamiento colectiuo del pariente mas propinquo, conque dexò proueydo el caſo de no auer hijos de primero grado, para que ſegun la prerrogatiua de cada vno fueſſe admitido a la Capellania.

Quintò, porque no ſolo el dicho Miguel Lopez no tiene el dicho llamamiento, pero antes tiene contra ſi clara y expreſſa voluntad de la dicha Iuana Garrida, la qual le excluye de poder concurrir en eſta opoſicion, quod probatur ex ſequentis.

Lo primero, que es calidad expreſſa, que aya de ſer natural de Maçaruleque el Capellan que huuiere de ſuceder, y el dicho Miguel Lopez no

lo

lo es ſino de la villa de Albalate: y concurriendo en el dicho Marcos de Soria eſta prerrogatiua, deue ſer preferido en todo acontecimiento, Zauall.com.q.693.n.33.& 34.ibi: *Rurſus debet conſi derari, quod Capellanus ſit illius loci, vbi teſtator fundabit Capellaniam, non vero extraneus, quia præſumptio eſt, quod naturales & originarij melius reſident in Beneficijs & Capellanijs, quam exteri qui cum magna difficultate relinquunt dulcem & amabilem patriam, & ſic iuſta ratione naturales & originarij præferri debent.* Dom. Lara, de Aniu.lib.2.c.3.n.19. Y aſsiſte juntamente por Marcos de Soria, el ſer vezino de Maçaruleque: de que ſe induze, que ſeruira con mas cuydado la Capellania, Abb.in c. ad decoré, de inſtitut.Ioan.Gut.conſ.2.nu.23.& 24.

Sextò, porque demas de lo dicho concurre, que el dicho Marcos de Soria tiene llamamiento de Patron, que eſte inter exiſtentes æquali gradu conſanguinitatis præferédus eſt, ita dom. Lara, de Aniuer.& Cappell.lib.2.cap.3.num.22. Zauall.commu.contra commu. quæſt.693. nu. 27.ex Corn.& Guidon.& Roland.ita reſoluit, & ipſe Zauall.quæſt.265.num.25. Y no ſerá de cõſideracion dezir, que la dicha Iuana Garrida no le dio facultad de Patrono de nombrar Capellan: porque ex eo ſolum que le nombrò por Patrono, fue viſto darle la dicha facultad: porque es calidad quæ in eſt ad Patron.cap.decernimus 16.quæſt.7.cap.ex inſinuatione, cap.illud, de iu. Patron.l.1.vbi Greg.Lop.gloſ.9.verb.preſentar, tit.15.par.1.

Demas de que ſi la dicha Iuana Garrida fuera viua, y ſe le conſultara el caſo preſente, nil dubium ſino que reſpondiera en fauor del dicho Marcos de Soria: y a eſto es preciſo que ſe eſtè cum habeatur pro diſpoſito omne illud, quod ſi teſtator interrogatus fuiſſet reſpondiſſet, gloſſ. fin. in l. tale pactum, §.fin. ff.de pact. Molin. de

 Hiſpan.

Hiſpan. lib. 1. cap. 13. num. 9. & lib. 4. cap. 4. nu. 6. Mantic. de coniectur. vltim. lib. 3. num. 4. titulo 19.

Septimó, porque lo dicho ſe esfuerça cõ que ay clara congetura de predilecion, pues conforme a las clauſulas que quedã referidas, la dicha Iuana Garrida, auiendo diſpueſto, que neceſſariamente el Capellan fueſſe Clerigo, diſpone en fauor del dicho Bartolome Garrido, primero Capellan, que deſde luego ſin ſerlo, tomò poſſeſsion de los bienes, y ſe los entrega con efeto, cauſa que manifieſta el amor que tuuo a aquella linea: y en el eſtado preſente eſtamos fuera de duda, porque el dicho Miguel Lopez no ſolo no es Clerigo Sacerdote, pero tiene ſolos catorce años, y aſsi no ha llegado el caſo de oponerſe.

Octauó, y no puede ſer de conſideracion dezir el dicho Miguel Lopez, q̃ es mayor en edad que Marcos de Soria, y que aſsi ha de ſer mejor ſu derecho, quia actoris paribus ſenior præfertur, ex Gutier. conſ. 2. num. fin. y que ætas eſt cauſa prælationis, dom. Lara, lib. 2. de Aniu. cap. 3. num. 14. porque lo dicho tiene facilisſima reſpueſta, conſiderando, que en las Capellanias, lo vltimo a que ſe atiende es, a la edad, y eſto es, cõcurriendo opoſitores de iguales calidades, y en tal caſo cauſa prelacion, Zauall. dict. quæſt. 693. num. 73. y en eſte caſo no ay igualdad, porque Marcos de Soria ſe auentaja por natural, por vezino, por llamamiento de Patron, por predilecion, y las demas cauſas que quedan conſideradas.

Ademas, que la calidad de mayoria ſe puſo ſolo entre los hijos de Yſabel Garrida, y no ſe ha de eſtender vltra de las perſonas en la clauſula nombradas, l. quæ conditio, ff. de conditio. & demonſtr. l. ſub conditione 37. ff. de hæred. inſtituend. Zauall. q. 905. num. 31. cum ſeqq.

Nonò,

Nonó, quia ex supradictis no puede negarse, quando reduzgamos la materia a que el caso no sea claro en fauor del dicho Marcos de Soria, que es dudoso y congetural: y en este caso, auiédo la testadora (por lo menos para en caso de duda) nombrado Alcaldes y Ayuntamiento, y ellos declarado en fauor del dicho Marcos de Soria, que es justissimo seguir el medio que la misma testadora eligio, cum lex sequatur volũtatem testatoris, & in id propensior sit: sin que se ayan de admitir cauilaciones y sutilezas para subuertir vna voluntad tan clara, y ya executada.

Siendo como fue justa la disposicion de la dicha Ioana Garrida, y auiendo prohibido la apelacion, no se puede negar, que el dicho Miguel Lopez ha contrauenido su disposicion, con auer apelado, y que queda sin llamamiento por la misma disposicion, ex traditis a Salicet. in l. quoties, num. 4. & 5. vbi glos. verbo, petitionem, & comm. DD. C. de fideicomm. & traditis a Greg. Lop. in l. 34. tit. 9. par. 6. glos. 3. quæst. 1. vers. Nota, quod similiter cum pluribus congestis a Mieres, 3. par. quæst. 9. num. 1. & 2. par. quæst. 4. illat. 8. art. 2. cum sequentibus. Principalmente auiendo clausula, que el que apelare pierda el llamamiento, que en este caso es sin disputa, l. hoc iure, §. vlt. ff. de donat. Molin. de prim. lib. 2. cap. 8. num. 15. Mier. vbi sup. n. 3. & 4.

Tercero punto.

AViendo la testadora hecho llamamiento de Clerigo, con obligacion de que se ordenasse de Missa, teniendo veynte y cinco años, cosa clara es, que no llamò a quien no pudiesse conseguir esta calidad, y que estamos en caso, que ni

mas

mas, ni menos que si el llamamiento se hiziera de legitimo, no bastara la legitimacion para incluyrse en el llamamiento, en perjuyzio del verè legitimo, que al tiempo de la vacante se halló con la calidad, ex late traditis a Curt. seni. cons. 16. n. 25. & seqq. Deci. cons. 425. n. 9. & 393. nu. 4. & 357. & a Petra, in tract. de potest. Princip. c. 30. a n. 44. cum seqq. fol. mihi 477. de la misma manera no puede la dispensacion que cõsiguio Miguel Lopez, causar perjuyzio al derecho adquirido al tiempo de la vacante al dicho Marcos de Soria. Sin que obste dezir, que tiene diuersidad el caso: porque el impedimento de ilegitimidad, y el de inhabilidad para Sacerdote, sunt impedimenta a iure positiuo introducta: y como en el vno la dispensacion no prejudica al tercero, no deue prejudicar en el otro, cum regulare sit rescripta Principum, sine præiudicio alicuius tertij, esse intelligenda ex vulgatis.

Con que parece, que la justicia del dicho Marcos de Soria, principalmente en manos de V. m. y estos Señores, no puede tener duda. Salua, &c.